

DIREITO E JUSTIÇA: DA PRÉ-HISTÓRIA À CONTEMPORANEIDADE

Fátima de Lourdes Ferreira Liuti*

Alcemir da Silva Moraes**

* Professora Doutora e Coordenadora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Naviraí.

E-mail: fliuti@uems.br

** Pesquisador, extensionista e discente do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Naviraí; estagiário da Defensoria Pública Estadual na urbe de Naviraí; membro do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e Sociedade Brasileira de Estudos Clássicos.

E-mail: alcemirmoraes@yahoo.com.br

RESUMO: O conhecimento da evolução histórica alarga a compreensão do homem como ser que constrói seu tempo; ajuda-nos a compreender o que podemos ser e fazer. Assim, pretendemos com este trabalho apresentar uma visão panorâmica sobre a evolução da concepção de justiça no pensamento jurídico. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que tem por objetivo, descrever, de forma cronológica e sucinta, as mudanças de paradigmas da Pré-história até a Idade Contemporânea abordando os principais movimentos e autores.

Palavras-chave: História; Direito; Justiça.

RESUMEN: Conocimiento del desarrollo histórico amplía la comprensión del hombre como ser que construye su tiempo, nos ayudan a entender lo que puede ser y hacer. Por lo tanto, hacemos este trabajo con una visión general sobre la evolución del concepto de justicia en el pensamiento jurídico. Esta es una investigación bibliográfica que tiene por objeto describir, en orden cronológico y brevemente sobre los cambios de los paradigmas de la prehistoria a la Edad Contemporánea, que abarcan los principales movimientos y autores.

Palabras clave: Historia; Derecho; Justicia.

INTRODUÇÃO

Verde, Dourados, MS, ano 1, n. 2, p. 101-122, jul./dez. 2009.

A idéia de justiça é certamente o ponto de partida não apenas para a História do Direito, como também para o despertar da reflexão ética, nos primeiros tempos da vida histórica. Desde as sociedades mais primitivas, sempre houve a preocupação de instaurar normas e fixar princípios que asseguram não apenas a ordem, como também a sobrevivência dos grupos humanos. (PISSARRA E FABBRINI, 2007, p. VII).

O conhecimento da evolução histórica alarga-nos a compreensão do homem enquanto ser que constrói seu tempo, ajudando-nos a compreender o que podemos ser e fazer. Mas o passado não se repete em termos absolutos e, por isso, as soluções de ontem não servem para os problemas de hoje, sem um processo de recriação que considere as mudanças nas condições políticas, econômicas e culturais.

Em se tratando de história, sempre há de se pesquisar e buscar algo ainda não explorado, uma vez que o historiador, quando pesquisa, não é um homem isolado de sua época, não há como se desvencilhar de seus preconceitos, de suas crenças, de suas ideias, de sua época. Por isso, mesmo que tente ser imparcial e mais preciso possível, ao fazer suas análises e reflexões, não é neutro. Fazendo concluir Cotrim (1999, p. 9) que “a história que ele escreve está ligada à história que ele vive”.

Assim, não há cultura jurídica ou científica, no mundo atual, que possa limitar-se ao estudo de um determinado conceito ou objeto sem investigar sua história, origens e influências. O estudo da história da evolução do direito faz-se necessário na medida em que queiramos nos situar no tempo e no espaço para orientar o presente.

1 PRÉ-HISTÓRIA

Na Pré-história, para garantir sua sobrevivência, o homem teve de aprender a cooperar e a se organizar socialmente. Da eficiência dessa cooperação dependia sua sobrevivência. Com o início das aglomerações humanas, na Pré-história, o homem iniciou, ainda que, embrionariamente, uma organização social. Dessa organização, Pissarra e Fabbrini (2007, p. VII) comentam que:

Primeiro, os homens descobriram suas diferenças individuais. Depois, notaram ser impossível fundar sobre essas diferenças suas normas de conduta. E foi assim que chegaram a descobrir a necessidade

de buscar um princípio que ficasse acima dessas diferenças. Dessa forma, a noção de justiça surgiu da necessidade de instaurar normas capazes não apenas de fixar os limites do uso da força e do exercício do poder, como também de restabelecer o equilíbrio nas relações entre pessoas.

Estas regras, na lição de Jean-Jacques Rousseau (1999) em sua obra *O contrato social*, surgiram de um consenso estabelecido entre as pessoas, com vistas na cessação das arbitrariedades, da desigualdade e no uso desmedido da força. Assim, a vontade geral, representada pelo *pacto social*, garante a condição de igualdade entre os homens, porque é capaz de manter entre eles o assentamento das diferenças. Vejamos:

Suponhamos os homens chegando àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza sobrepujam, pela resistência, as forças de que cada indivíduo dispõe para manter-se nesse estado. Então, esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano, se não mudasse de modo de vida, pereceria.

Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e orientar as já existentes, não têm eles outro meio de conservar-se senão formando, por agregação, um conjunto de forças, que possa sobrepujar a resistência, impedindo-as para um só móvel, levando-as a operar em concerto.

Essa soma de forças só pode nascer do concurso de muitos: sendo, porém, a força e a liberdade de cada indivíduo os instrumentos primordiais de sua conservação [...]. (ROUSSEAU, 1999, p. 69).

Como comenta Bittar (2002), *O contrato social* é um divisor de águas entre o estado de natureza e o estado cívico no qual vivem os seres humanos. É algo artificial e convencionalmente se pactua formar, o que dá surgimento a uma pessoa que não se confunde com os indivíduos que o compõe. É o Estado, que nas expressões utilizadas por Rousseau é *personne publique* (pessoa pública) formada por um *corps collectif* (corpo coletivo).

Ao longo da história do homem, nos deparamos com a edição de normas para ordenar a convivência social, com o fim de tornar a vida em sociedade ou em comunidade mais harmônica, mesmo que essas normas, na maioria das vezes, se resumissem na vontade do mais forte.

O Direito, por ser um fenômeno social, encontra-se presente onde

houver sociedade. O próprio surgimento do direito confunde-se com o surgimento da sociedade. Direito não se confunde com leis escritas, mesmo que na maioria dos países o direito é escrito (positivado). Desse modo, embora desconheça as leis existentes na Pré-história, não significa que não houvesse direito, ainda que exercido pela força, logo, a concepção de justiça era traduzida em força.

2 IDADE ANTIGA

A concepção de justiça da Idade Antiga foi marcada pelo conhecido Código de Hamurábi que, em síntese, pregava o “olho por olho, dente por dente”. Hamurábi, soberano do Antigo Império Babilônico, é conhecido pelo código que leva seu nome, um dos primeiros em todo o mundo. Menciona Divalte Garcia Figueira (2002, p. 28) que “muito diferente dos códigos atuais, os juízes mesopotâmicos não eram obrigados a seguir seus artigos; sua principal função era mostrar a justiça e o poder do rei”.

Para mostrar o poder do rei, necessário era o uso da força. Porém, devido à força humana que, por vezes, é utilizada para os mais fortes se imporem diante dos mais fracos, a justiça acaba sendo inaplicada, ainda mais, quando há interesse individual inserido no contexto, mas Platão (1999) considera que a força é a negação da justiça. No entanto, sem o uso da força, a humanidade jamais teria sido capaz de descobrir o que é justiça e como se deve agir para ser justo.

Dessa forma, notou Platão que a ideia de justiça para o aspecto material é preciso encontrar fora e acima do interesse individual.

Para isso, o filósofo idealista, se assim podemos dizer, desenvolveu várias concepções de justiça:

A primeira destas formulações racionais de como a justiça pode ser definida é bastante modesta: ‘ser justo é falar a verdade’. [...] Face ao caráter pouco abrangente desta primeira definição, logo aparece a segunda: ‘ser justo é devolver o que é alheio’, na qual persiste a referência ao caráter ético da conduta individual, em sua relação com o outro – mas trazendo o conceito de justiça para o plano das coisas materiais.

É na terceira definição que a relação social aparece, quando Platão substitui o vínculo entre os indivíduos por um vínculo efetivamente social, ao dizer que ‘ser justo é dar a cada um o que lhe é devido’.

[...]

Na quarta definição, Platão já estabelece uma clara aproximação entre o social e a idéia de bem, ao dizer que ‘justiça consiste em fazer o bem aos amigos e fazer o mal aos inimigos’. [...] Neste ponto, já aparece a intenção de buscar um objeto universal (o bem e o mal) para a vontade humana. É o que começa a se manifestar na quinta definição: justo é ‘fazer bem ao amigo bom e fazer mal ao inimigo mau’. (PISSARRA e FABBRINI, 2007, p. 24, grifos do autor).

Entretanto, passível de questionamento são as duas últimas concepções, pois não se pode ser justo e, ao mesmo tempo, causar dano a outrem. É preciso definir o que é bem ou mal, bom e mau no contexto grego em que a cidadania era um privilégio de homens eleitos para o falar e o fazer, portanto, as mulheres, os escravos e os artesãos eram excluídos “naturalmente” pelos deuses e aceito como verdade.

Platão inicia a reflexão sobre justiça e sua utilidade, deixando, a partir daí, o plano ideal para partir para o real, que em sua concepção é o interesse dos indivíduos, como fator de aglutinação social – a formação das cidades – nasce das necessidades humanas.

Nesse ponto, continua Pissarra e Fabbrini (2007, p. 28):

Partindo da realidade, Platão inicia a construção de uma sociedade ideal. Como todas as cidades reais, esta cidade ideal terá sua força extraída das necessidades individuais, exatamente para atenderem aos respectivos interesses naturais e individuais. Necessidades e interesses servem de laços para a formação do tecido social [...].

[...] Com efeito, toda a dispersão de funções individuais converge para um ‘ajustamento’, que consiste em ‘cada um fazer o que lhe cabe’, pois nisto reside a justiça. Como consequência, a noção de justiça se torna equivalente à ‘ordem justa’ nesta ‘cidade ideal’, na qual cada indivíduo se torna ‘justo’ por fazer aquilo para que foi destinado por natureza [...]. (grifos do autor).

Logo, o emérito pensador chega à conclusão que, no plano real, justo é quem age conforme o exemplo supracitado da cidade ideal, ou seja, justo é quem faz estritamente o que lhe cabe. Assim, cabe ao governante da *polis* pensar em uma ordem justa para a sociedade, partindo para uma visão de justiça coletiva.

Embora Platão já explorasse, como vários outros filósofos da época, a concepção de justiça e de injustiça, permanecia, nas comunidades antigas, o predomínio da força, sem qualquer análise do justo ou do injusto, do mal ou do bem, do mau ou do bom. Ou seja, permanecia o homem intacto aos anseios da coletividade, fazendo imperar a vontade do mais forte e poderoso, o que faz *jus* a expressão contida no Código de Hamurábi: “olho por olho, dente por dente”.

Entretanto, Platão começou a observar e verificar que o real e o ideal são totalmente contrários. Iniciou-se, então, a tentativa de conciliar o ideal a partir do real. Parte, para tanto, da necessidade do indivíduo viver em sociedade, o que faz surgir as urbes. Desse surgimento, vai além, retoma uma expectativa de justiça universal, na qual a justiça só possui utilidade na medida em que todos tragam consigo, por natureza, uma aptidão que os aproxime da ideia de perfeição. Assim, a justiça equivaleria ao esforço de cada indivíduo, passando a justiça a ser vista como uma virtude, pela qual a conduta de cada um torna a conduta de todos justa.

3 IDADE MÉDIA

Com o advento da Idade Média ou Idade das Trevas, quando o último imperador romano do Ocidente foi destituído pelos povos germânicos, no ano de 476, inicia-se um período histórico conhecido pelo feudalismo.

Nesse período, surge o Código do imperador Justiniano, conhecido como Código de Justiniano que, conforme Divalte Garcia Figueira (2002, p. 77):

Justiniano obtém êxito também no estabelecimento de leis sólidas e de administração eficaz, mais centralizada, rigorosamente vigiada pelos setores burocráticos do palácio. O imperador persegue os roubos e os abusos. Lança-se principalmente sobre os grandes proprietários de terras que haviam pilhado ou açambarcado os antigos bens do Estado e reinam sobre imensos domínios, numerosas aldeias, comandando verdadeiros exércitos de camponeses conduzidos por corpos de escribas e de intendentes. Mas a repressão, os confiscos sob os pretextos mais diversos, que visam também a atingir as igrejas e mosteiros, se chocam frequentemente com bastantes obstáculos [...].

O grande êxito do reinado foi a reorganização total

da legislação, graças à classificação e à edição das leis romanas. Empreendimento sob o controle direto do imperador ou de seus familiares, essa obra colossal – fez-se necessário estudar mais de 2.000 obras dos antigos juristas! – foi concluída satisfatoriamente em alguns anos. O Código de Justiniano, publicado em 529, retomava e contemplava o código já redigido sob Teodósio II (Códex Theodosianus) e apresenta assim aos magistrados todas as Constituições imperiais editadas desde Adriano [...] Essas edições das leis antigas, em latim, [...] demonstram a ligação de Constantinopla às tradições romanas e a vontade de Justiniano em restabelecer a universalidade do Império.

Neste período, a concepção de justiça é influenciada pela Igreja, fazendo os filósofos da época crerem que a lei dos homens devia obedecer à lei de Deus (Lei Natural), materializada na Bíblia, pelos Dez Mandamentos, por ser a mais sublime representação da justiça. Assim, salienta Martins Filho (2004), a Lei Positiva, feita pelo homem, de modo a possibilitar a vida em sociedade, está subordinada à Lei Natural, como se fosse uma hierarquia, não podendo contrariá-la, sob pena de se tornar uma lei injusta e, conseqüentemente, para os povos subordinados a ela não havia obrigação de se submeter à lei injusta. E finaliza conceituando justiça como sendo uma disposição constante da vontade em dar a cada um o que é seu, classificando-a em Comutativa, Distributiva e Legal, conforme se faça entre iguais, do soberano para os súbditos e destes para com aquele, respectivamente.

Portanto, neste período, a ideia do justo e do injusto estava condicionada à crença da Igreja, pelo forte poder que esta exercia na época. Assim, se a Lei dos homens era incompatível com a lei divina, esta prevalecia, como se seguisse, hodiernamente, uma hierarquia entre a Constituição Federal e as demais leis.

4 IDADE MODERNA

Com a decadência do feudalismo, em meados do século XV, deixamos a Idade Média para adentrarmos à Idade Moderna. Era a economia feudal dando lugar ao comércio de âmbito mundial. Inicia-se um período marcado pelo absolutismo monárquico, que, posteriormente, será conhecido como Antigo Regime, no qual o Estado intervém na economia e ninguém limita o poder do Rei porque ele viria de Deus.

O Antigo Regime mostra-se um período de mudanças políticas e culturais em que se inicia a centralização política e a formação de sociedades nacionais. Surge o Renascimento – maneira moderna de ver o mundo. O homem substitui valores da Idade Média, voltando-se a novos princípios ditados pelo capitalismo, como o Humanismo, o Racionalismo e o Individualismo. Surgindo, após, a Revolução Inglesa e, em seguida, o Iluminismo, marcado pela luta em torno da igualdade, da liberdade, da tolerância religiosa ou filosófica e pela defesa da propriedade privada.

Salienta Margarida Maria Lacombe Camargo (2003, p. 61), quanto ao pensamento jurídico deste período:

Detiveram suas preocupações em torno dos valores que servem de essência ao próprio direito. Seriam eles basicamente a justiça, a certeza e a segurança. [...] não se deve afastar a idéia de que a justiça, como ausência do arbítrio, sustenta-se na lei, relacionada diretamente aos valores da ordem e da segurança jurídica. É a chamada justiça formal, que garante a igualdade de todos perante a lei. Por isso, é repassamos a história do mundo moderno para perceber que a necessidade da segurança jurídica se sobre põe à idéia mais elevada de justiça, fazendo com que o direito se circunscreva à ordem formal.

A segurança e a ordem, para os pensadores da Idade Moderna, são os valores típicos da época. Deles surge o Estado de Direito, no qual se estendeu a lei a todos, sem distinção, com intuito de evitar o arbítrio. Característica disso é a teoria do contrato social, criado pela razão e que irá fundamentar a ordem social dos iluministas.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 65) aduz que “a partir do renascimento, o direito irá perder progressivamente seu caráter sagrado. E a dessacralização do direito significará a correspondente tecnicização do saber jurídico”. Isso significa que o direito deixa, a partir do renascimento, de ser visto como algo divino, focado em princípios religiosos, para algo mais racional, mais consequente, em busca de uma teoria

do direito com base na razão.

Inicia-se, nesse período, uma racionalização do direito, sob os argumentos de certeza e de segurança, na qual, os intelectuais da época, pugnavam por um deslocamento do eixo da origem do poder, transpondo da esfera divina para a natureza humana.

Thomas Hobbes, em sua obra *Leviatã* (1999), centraliza no Soberano todas as expectativas. No “Estado Leviatã”, interpreta Jônatas Luiz Moreira de Paula (2007, p. 151), que “há a instauração do poder civil e coercitivo, capaz de garantir o cumprimento do pacto social. Por isso, que a lei deve predominar, ainda que injusta, porque é imprescindível para a manutenção da autoridade absoluta”. Ou seja, o poder do soberano é uma *conditio sine qua non* da conservação da paz. Além disso, Thomas Hobbes apresenta um conceito de lei como algo inerente à atividade do Estado, de caráter imperativo e necessário para criar obediência entre os súditos.

John Locke (1999) vê o poder legislativo, como um soberano coletivo, composto pela delegação temporária dos desejos dos homens, necessária, se faz também, a existência de um poder executivo composto por magistrados capazes de aplicar com imparcialidade as leis soberanas.

Danilo Marcondes (2004, p. 199) resume bem o pensamento de John Locke ao mencionar:

Segundo a concepção de Locke, a sociedade resulta de uma reunião de indivíduos, visando garantir suas vidas, sua liberdade e sua propriedade, ou seja, aquilo que pertence a cada um. É em nome dos direitos naturais do homem que o contrato social entre os indivíduos que cria a sociedade é realizado, e o governo deve, portanto, comprometer-se com a preservação destes direitos. O poder é então delegado a uma assembléia ou a um soberano para exercer essa função em nome da união voluntária e consentida entre os indivíduos. A legitimidade desse poder reside, em sua origem, no consentimento dos indivíduos que o constituíram, e que podem, portanto, retirá-lo daqueles que não governam no interesse da maioria ou que ameaçam a liberdade e direitos dos indivíduos.

Assim, a norma justa não seria mais aquela proveniente de Deus, mas aquela feita pelo povo, mesmo que indiretamente, por meio de representantes. A aplicação da norma deveria ser realizada sem intermediações,

devendo o magistrado apenas aplicá-la. Crescia, desse modo, uma desconfiança, pois estavam em cheque todo o conteúdo dos discursos usados por séculos, baseado na crença divina, para manter o povo obediente às normas impostas pelo soberano e pela Igreja.

Neste contexto, Charles de Secondat Montesquieu escreveu *O espírito das leis*, defendendo, em síntese, a separação dos poderes do Estado em legislativo, executivo e judiciário, sob o argumento que a interdependência entre os poderes garante o equilíbrio do Estado e a liberdade dos seres humanos. Vejamos:

A experiência mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder faça parar o poder. Uma Constituição pode ser de tal modo que ninguém será obrigado a fazer coisas que a lei não obriga, nem será impedido de fazer as que a lei permite. Para o cidadão, a liberdade política é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança. E, para que se tenha essa liberdade, é preciso que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. (MONTESQUIEU, 1995, p. 118).

A partir daí, a lei passa a ser vista como mecanismo de controle das ações do governo a medida que inibe o abuso do poder, e como regra que garante a igualdade (formal) entre os homens.

Inspirados em ideias iluministas e contra os arbítrios dos reis, além de repelir a divisão das pessoas em estamentos, segundo suas origens, Voltaire, Rousseau e Montesquieu tecem críticas sobre o tratamento diferenciado dado às pessoas, que, segundos estes, eram iguais, desencadeando uma corrente racionalista, capaz de explicar os fenômenos de forma racional. É o início da racionalização que despreza as meras intuições e juízos apriorísticos no Antigo Regime francês, voltados para uma visão divina, reportando-nos à concepção de justiça contemporânea, pois: “Uma teoria da justiça será tanto mais bem-sucedida quanto menos fundamentar-se em ‘intuições’, sentimentos e juízos apriorísticos, e quanto mais tiver por base a razão, as provas e enunciados claros e explícitos sobre a concepção subjacente do homem e sociedade” (KOLM, 2000, p. 40).

Nascem assim, as teorias modernas da justiça, na qual a racionalidade deve imperar, repelindo a justificativa do poder do rei em Deus, considerando a igualdade como intrínseca aos seres, sem justificar em intui-

ções sem comprovações. Neste ponto, notamos que a ideia de justiça contemporânea, calcada na igualdade, é proveniente dos ideais iluministas.

5 A IDADE CONTEMPORÂNEA E OS NOVOS PARADIGMAS

5.1 O POSITIVISMO JURÍDICO

A expressão “positivismo” possui vários significados, englobando tanto perspectivas filosóficas e científicas do século XIX, quanto outras do século XX. O “positivismo jurídico” a que nos referimos é aquele paradigmático. Isto é, a doutrina pela qual não há outro direito senão aquele estabelecido diretamente reconhecido pelo poder político.

O Direito Positivo, nas palavras de Wilson José Gonçalves (2002, p. 81), é “a concepção filosófica que enfoca seus esforços no objeto, exterioriza seu grau de transparência e racionalidade em parâmetros homogêneos e empíricos”. Mas Camargo (2003, p. 88) adverte: “não foi ainda no decorrer do século XIX que o direito consegue firmar-se como ciência nos moldes positivistas... Será apenas com a genialidade de Hans Kelsen que teremos uma ciência do direito de impressão francamente positivista”.

Nesta perspectiva, continua Camargo (2003, p. 89-90):

A vontade era de buscar na sociedade leis constantes e invariáveis que a explicassem tal como se explicavam os fenômenos da natureza. [...] Ao contrário do que ocorreu com o cientificismo da Escola Histórica, Kelsen não admitirá a criação do direito por meio da elaboração de conceitos jurídicos, limitando-se ao que se encontra prescrito em lei.

Os autores positivistas defendiam cientificamente que era importante que o direito se bastasse. A autonomia, mediante processo autonomo, evitaria a influência de elementos externos, capazes de fragilizar os limites do direito.

Disso resultaram variadas críticas. Deveras, pois em pleno século XXI, será que há uma única ciência que se esgota em si mesma? A autonomia de uma disciplina só se concebe quando esta tiver métodos próprios e não sofrer influências das demais áreas do conhecimento? Isso, *data venia*, não me parece razoável, ainda mais o direito, que um fenômeno essencialmente humano-social.

5.2 ESCOLA DA EXEGESE

Em 1804, sob a influência do racionalismo, surge na França, o Código Civil Francês, conhecido como Código de Napoleão. Em princípio, a ideia era criar um corpo sistemático capaz de uniformizar o direito, suprimindo a obscuridade, a ambiguidade, a incompatibilidade e a redundância. Assim, surge a Escola da Exegese. Um movimento de juristas que pregavam a interpretação gramatical da lei, quando, no máximo, a sistemática. Camargo (2003, p. 66) resume:

Crédulos nas inúmeras virtudes daquele corpo sistemático de normas, os componentes da Escola da Exegese propugnam uma atuação restrita do poder judiciário, mediante o apego excessivo às palavras da lei. A atividade dos juízes, na França, então comprometidos com o Antigo Regime, seria controlada pelo atendimento severo e restrito aos termos da lei.

A Escola da Exegese refletia o momento histórico donde se originou. Devemos nos atentar que naquela época a França estava se desvencilhando do Antigo Regime, marcado pelo absolutismo, que, em síntese, refletia a autoridade do rei e o privilégio do clero e da nobreza que possuíam normas distintas do restante do povo. Assim, com o desejo de um tratamento igualitário a todos, indistintamente da classe social, influenciado pelo “nascimento” do Estado de Direito, quiseram, em nome da igualdade, criar um método próprio à interpretação das leis, quais sejam, gramatical e, no máximo, sistemático. Com este pensamento, fecharam o direito para a influência de outras ciências, como a filosofia, pois direito para este movimento, era o que estava escrito no Código.

Nas palavras de Camargo (2003, p. 68), “A Doutrina da Escola da Exegese se reduz, com efeito, a proclamar a onipotência jurídica do legislador, isto é, do Estado, uma vez que, queiramos ou não, o culto do texto da lei e da intenção do legislador, levado ao extremo, apresenta o direito de uma maneira absoluta nas mãos do Estado”. Para este movimento, justiça fazia-se com a lei, isto é, era o que estava escrito no Código.

Não diferente dos movimentos radicais, a Escola da Exegese enfrentou críticas, uma delas foi de François Géný.

5.2.1 A Crítica de François Géný

François Géný não desconsidera a lei como fonte principal do direito, mas defende que uma pesquisa científica, de base sociológica, seria capaz de oferecer ao intérprete os critérios de justiça prevaletentes na sociedade e que, na realidade, dariam ensejo ao surgimento de novas leis.

Neste ponto, esclarece-nos Camargo (2003, p. 68-69):

Por meio de uma construção de base empírica feita sobre o trabalho dos juízes, que se defrontam muitas vezes com casos de ‘lacuna’, em vez de teorizar apenas no plano do abstrato ou do meramente racional, Géný faz sua defesa pela ‘livre investigação científica’. [...] Quando o ordenamento jurídico não apresentasse uma lei específica para determinado caso, o juiz deveria lançar mão da análise feita sobre os fatos sociais, bem como das leis que regem a sua estabilidade, para então obter a regra capaz de resolver a questão. A seu turno, a investigação científica mostrava-se conveniente, apto a fornecer não apenas uma solução objetiva e criteriosa, possível de evitar qualquer arbítrio, como também uma solução legítima, pois que originária dos próprios costumes e valores existentes na sociedade. Géný esclarece seu pensamento sintetizando-o na ideia da livre pesquisa científica.

A grande contribuição de Géný foi para a teoria das lacunas. Desta crítica surge, na França, a Escola da Livre Investigação (ou Pesquisa) do Direito. Essa Escola não deve ser vista como renovadora, e sim como conciliadora, pois não tenta criar novos métodos de hermenêutica, mas unir princípios da Escola Exegética com as exigências do mundo contemporâneo.

5.3 ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO

Responsável por um movimento de reação cultural contra a filosofia das luzes, a Escola Histórica do Direito, também opondo-se à Escola da Exegese, prega que a interpretação da lei deve evoluir, ou seja, ser adaptada às condições do meio social na época em que seria aplicada, o que propicia nova interpretação de seu aplicador, enaltecendo, assim, a interpretação histórica.

Com os alemães Gustavo Hugo, Puchta e, especialmente, Savigny, no início do século XIX, iniciou-se este novo método de entendimento, compreensão e aplicação do direito. Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 76) salienta que “a afirmação da historicidade do direito (como objeto e como uma ciência) foi uma resposta à perplexidade gerada pela positivação”. Continuando seus ensinamentos, mas agora invocando Savigny, menciona que “não será a lei, norma racionalmente formulada e positivada pelo legislador, que será primariamente o objeto de ocupação do jurista, mas a convicção comum do povo”. Essa perspectiva dá sentido histórico ao direito em constante transformação.

O formalismo jurídico continuou, entretanto com outra roupagem. Estabelece conceitos bem definidos, que pudessem garantir segurança às relações jurídicas (Estado de Direito), diminuindo a ambiguidade e a vaguidade dos termos legais.

Para Camargo (2003, p. 91), “o sentimento de justiça, próprio da personalidade, é o que, segundo Ihering, coloca o direito em movimento [...] o direito que interessa não é tanto o direito posto, objetivo, mas o subjetivo”.

A partir de Ihering (2002), a ideia de que o direito liga-se a um fim, que se pretende ver realizado na prática, faz com que o mesmo abandone o campo da abstração e veja o caminho aberto para a Jurisprudência dos Interesses.

5.4 A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

O principal expoente da Jurisprudência dos Interesses foi Philipp Heck, que escreveu suas principais obras no início do século XX. O escopo deste movimento consiste em pregar que a decisão judicial dos casos concretos é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses, e a Jurisprudência dos Interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos.

Esta corrente, em síntese, procurava harmonizar os princípios da segurança jurídica com um ideal de justiça. Mas mesmo assim, foi alvo de severas críticas.

5.5 ESCOLA DO DIREITO LIVRE

A Escola do Direito Livre foi iniciada por Hermann Kantorowicz (com o pseudônimo de Gnaeus Flavius). Para os adeptos desta corrente, o ordenamento jurídico não deve estar vinculado apenas ao Estado, mas ser livre em sua realização e constituir-se de convicções numa relação de tempo e espaço, ou seja, o Direito Positivo não deve ser apenas imposto pelo Estado, mas também legitimado pela sociedade em razão de suas necessidades.

No Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil parece inclinar-se para a Escola do Direito Livre Moderada, ao prescrever, em seu art. 4º, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, pois concede ao julgador uma certa discricionariedade, no julgamento do feito.

Este movimento procurou, portanto, resolver o problema provocado pelo distanciamento entre o direito estanque e a sociedade em movimento, atitude e anseios típicos da sociedade da época, haja vista que a lei torna-se retrógrada, por não acompanhar as transformações vividas pela sociedade, acabando por gerar instabilidade e injustiça em lugar de segurança.

5.6 HANS KELSEN E O RETORNO DO FORMALISMO

Concordamos com Camargo (2003) quando menciona que em termos de operacionalidade da ordem jurídica, naquilo que diz respeito ao seu dinamismo – eficácia da lei no tempo, envolve as questões da validade e da vigência das normas –, a teoria kelsiana ainda é bastante apropriada, bem como o controle de constitucionalidade. Porém, o apego exacerbado à letra da lei validamente posta, sem nenhum método crítico-valorativo, é o mesmo em que fazer com que o direito volte ao Código Civil francês de 1804, conhecido como Código de Napoleão e a concepção da Escola da Exegese.

Pensar que o Direito é um fim em si mesmo é um retrocesso para o pensamento jurídico. O Direito é um instrumento para resolver os conflitos de forma mais justa possível. Caso seja o contrário, não encontrará legitimidade na atual sociedade, pois na contemporaneidade não se pensa mais só na segurança e no formalismo, mas em um valor supremo, que é justiça.

5.7 JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES

A Jurisprudência dos Valores considera o direito na medida em que trabalha a cultura em sua relação com seus valores. Dessa forma, a Jurisprudência dos Valores trabalha com valor e realidade, ser/dever ser e natureza/cultura, o que afronta diretamente o formalismo kelsiano.

6 A NOVA PROBLEMÁTICA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Diferentemente da noção de justiça advinda de Deus extraída de Tomás de Aquino (Idade Média), da visão positivista capitaneado pela Escola da Exegese (justiça se confundia com o constante na Lei) e do Movimento do Direito Livre despreocupado com o formalismo, a problemática da Teoria do Direito Contemporâneo é outra. Não obstante, a discussão atual confirma a importância da segurança jurídica e da ordem, por ser, segundo esta tendência, princípio do Estado de Direito e a não-arbitrariedade das decisões, o que se discute é a racionalidade, trabalhando, por vezes, com valores. Como exemplo, podemos tomar por base a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

Para Reale (1994), o Direito se compõe de três dimensões. Primeiramente, há o aspecto normativo, em que se entende o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência. Em segundo lugar, há o aspecto fático, em que o Direito se atenta para sua efetividade social e histórica. Por fim, em seu lado axiológico, o Direito cuida de um *valor*, no caso, a Justiça.

Neste contexto, o pós-positivismo se sobressaiu como movimento de reação ao legalismo, dividindo-se, segundo Camargo (2003), em duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o Direito tem com a justiça, na qual suas insuficiências seriam resolvidas mediante o recurso aos valores humanitários. De outro lado, autores como Friedrich Müller, Peter Häberle e Castanheira Neves, abraçam o pragmatismo, cujas teorias fundamentam-se mais na realidade do intérprete e nas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores. Assim, estes autores trabalham mais com a realidade vivida pelo intérprete e a concretização da norma jurídica que com valores previamente estabelecidos pela sociedade na qual será aplicada.

Ronald Dworkin (2000) ao criticar o positivismo por distinguir direito e moral argumenta que na prática dos tribunais a diferença não é tão clara como afirmam os positivistas. A crítica da distinção rígida entre o direito e a moral é o objetivo fundamental de seu enfoque, conduzindo para a construção de uma teoria do direito na qual a moral e a política ocupam lugar relevante. No tocante aos princípios, ensina-nos que estes informam as normas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desatendida pelo julgador quando violar um princípio que considere mais importante¹.

Robert Alexy (2008), a partir de inúmeras críticas ao positivismo jurídico, elaborou um novo modo de pensar o direito, concedeu aos princípios *status* normativo (força normativa dos princípios), buscou respostas para a colisão de princípios, aproximou a moral do direito (isso influenciado por Ronald Dworkin) e concedeu relevância à argumentação na compreensão do direito.

Na fatispécie, nota-se que tanto Dworkin quanto Alexy, ao aproximarem o direito e a moral, inserem na norma jurídica um conteúdo valorativo. Rechaçam a velha concepção de que o Direito deve se preocupar com a segurança jurídica e buscam, segundo eles, um compromisso maior que o ordenamento jurídico positivo tem com a justiça.

Em outra ponta, nasce uma corrente capitaneada por Friedrich Müller que com seu método interpretativo concretista, desenvolvido para a interpretação constitucional, trabalha com a realidade do intérprete e com as condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores, defendendo, o seguinte:

Diante da impossibilidade de se isolar a norma da realidade, na concretização da norma o operador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo (norma propriamente dita), quanto os decorrentes da inves-

¹ Neste caso, podemos citar o caso da aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal, que afasta a incidência de uma norma, de natureza penal, em razão do bem ofendido ser insignificante, conforme o seguinte julgado: “O furto em questão, de ferramentas utilizadas na construção civil, além de caracterizar valor ínfimo (R\$ 32,50), não afetou o patrimônio da vítima de forma expressiva, daí incidir o princípio da insignificância. Precedentes citados do STF: HC 84.412-SP, DJ 19/4/2004; do STJ: HC 39.599-MG, DJ 22/5/2006, e REsp 663.912-MG, DJ 5/6/2006. **(HC 102.869-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 3/2/2009)**”.

tigação do domínio normativo (realidade social que o texto intenta conformar), pois ambos fornecem de maneira complementar, ainda que de modo distinto, os componentes necessários à decisão jurídica. (MÜLLER, 2000, p. 63).

Desse modo, Müller defende um método que leva em consideração a realidade social na qual a lei está inserida e os elementos resultantes da interpretação dada a esta.

Para Castanheira Neves (2006), o direito provém sempre dos problemas jurídicos, que são concretos, historicamente situados, normativos e práticos. Toda a decisão jurídica visa determinar o que alguém deve, juridicamente, fazer em um caso concreto, numa situação histórica e social concreta. Uma decisão jurídica é também, em si mesma, uma ação. A interpretação, para Neves, pelo contrário, nem sempre é necessária e, quando o é, é instrumental². Segundo Camargo (2003), Neves propõe um modelo para o direito baseado na analogia, apresentando-nos três tipos metodológicos: o prescritivo, o descritivo, e o crítico-reflexivo, posicionando-se ao lado deste último, entendendo que a metodologia jurídica deve ser a ‘auto-reflexão’ da jurisprudência, cabendo-lhe refletir criticamente antes sobre a prática de uma normatividade assumida e realizada, em lugar de buscar o conteúdo próprio e imanente ao direito.

Apesar de trabalhar com o método concreto e histórico, Castanheira Neves e Friedrich Müller não desprezam totalmente os valores, chegando a concluir Camargo (2003, p. 138) que “podemos identificar o alcance distinto da dimensão tópica em ambas as vertentes”. De modo que podemos visualizar na primeira corrente (Dworkin e Alexy) uma influência maior dos valores e na segunda (Friedrich Müller e Castanheira Neves) uma menor.

Tópica, segundo Aristóteles, citado por Viehweg (1979, p. 26-27) são “pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empre-

² Quanto ao brocardo latino “in claris cessat interpretatio”, ou seja, quando a lei é clara não há necessidade de interpretação, conforme defende Castanheira Neves, insurge-se a maior parte da doutrina brasileira (Rizzato Nunes, Maria Helena Diniz, Tercio Sampaio Ferraz Jr. e outros), afirmando, em síntese, que para se saber se a norma é clara, é necessário interpretá-la, antes de interpretá-la não há como saber se é clara ou não, sendo que quando for obscura, necessário usar métodos de interpretação para definir seu real sentido e abrangência.

gam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade”.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. ao prefaciар a obra de Viehweg (1979) sintetiza o que vem a ser tópica:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. [...] pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras ‘fórmulas de procura’ de solução de conflito.

O uso da tópica tornou-se referência na filosofia do direito, segundo Camargo (2003). A fim de reconhecer o envolvimento do direito com os valores e, ainda, manter um controle nas relações sociais, a argumentação dialética moderna (tópica) preocupa-se em penetrar compreensivamente o contexto da realidade. A argumentação dialética ao invés da analítica, segundo Viehweg (1979), é preferível pela riqueza de ideias e soluções, proporcionadas pelas teses e antíteses.

Em resumo, busca a linha tópico-retórica, estudar e dar maior ênfase aos mecanismos persuasivos que orientam e dão forma ao discurso jurídico, voltado para o acordo capaz de dar suporte e legitimidade à decisão da autoridade judiciária. Propõe-se, então, nas palavras de Camargo (2003, p. 148), “encontrar um método de raciocínio formulado a partir de opiniões tomadas como proposições e montar, daí, uma cadeia discursiva coerente (sem contradições), considerando todos os problemas possíveis de serem apresentados”. Logo, como todo problema provoca um jogo de suscitações e contradições, o pensamento sistemático, por ser fechado, não lhe é suficiente.

A ideia é que, se partimos de um sistema, ou seja, um conjunto de deduções previamente dado, a partir do qual se inferem todas as respostas, corremos o risco de excluir o problema sobre o qual conjecturamos de algum outro sistema que possa ser construído, prejudicando, assim, sua solução. Para a busca da resposta mais adequada, faz-se mister procurar as várias interligações possíveis daquela questão no mundo compreendido, capaz de lhe conferir um significado, isto é, uma decisão mais

adequada. Observa-se, neste caso, que, a princípio, saímos da dogmática para adentrarmos à zetética³.

Na realidade Viehweg não quer isso, o uso da tópica não é uma ameaça à dogmática, mas sim, mais um elemento potencializador, conforme menciona José Lamago (1990, p. 174), que “o juiz não aplica automaticamente e na sua integralidade a pauta geral à situação concreta ‘sacri-fica’ algo daquela em virtude, precisamente, do caráter ‘concreto’ da situação”.

Por fim, surge Luis Recaséns Siches (1980) com sua tese “lógica do razoável”, que, em síntese, sustenta a importância da razoabilidade e/ou proporcionalidade das normas jurídicas e em sua aplicação. Assim, Siches relativiza a segurança jurídica e enaltece o valor justiça.

Podemos notar que em momentos distintos na história do Direito, houve juízos e concepções diversas, influenciados, por vezes, por crenças e valores, ou mesmo ideais, demonstrando, assim, mais uma vez, que não existe verdade absoluta; paradigmas são para ser rompidos e reavaliados, caso queiramos evoluir. Gonçalves (2002, p. 78) explica-nos que “o conteúdo histórico como experiência ocorrida traduz ao mesmo tempo em que orienta as ações presentes e projeções futuras”. Assim, se sobressai o discurso histórico, pois propicia uma ligação dialética do pensamento jurídico durante a história para transpormos fronteiras e tentarmos aprimorarmos.

Dessa forma, podemos olhar o passado, rever o presente e refletir sobre o futuro, pois a Ciência Jurídica não é estática nem imutável. Por isso, é interessante compreendermos o passado para avaliarmos os valores presentes para fazermos justiça com base nas crenças e valores comuns partilhados.

³ Nas palavras de Camargo (2003, p. 151), “a investigação zetética é aquela que se abre continuamente para o questionamento de seus objetos, em todas as direções, sendo que a sua falta de compromisso com a solução de conflitos torna-a ínfima. Seria o caso da filosofia, da sociologia, da psicologia e da antropologia, por exemplo. Como disciplina

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Doutrinas e filosofias políticas*: contribuição para a história da Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2002.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação*: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- COTRIM, Gilberto. *História global*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2002.
- GONÇALVES, Wilson José. *Lições de introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. Campo Grande: UCDB, 2002, v. 1.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1999.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Trad. Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 1999.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da Filosofia*: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático da história da Filosofia*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Brasília: UnB, 1995.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEVES, António Castanheira. *Actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 1.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Ciência política: Estado & justiça*. Leme-SP: J.H. Mizuno, 2007.

PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Org.). *Direito e Filosofia: a noção de justiça na história da Filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.

PLATÃO. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social* – ensaio sobre a origem das línguas. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os Pensadores, v. 1).

SICHES. Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1980.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: UnB, 1979.

Data Recebimento: 7 de agosto

Data Aceite: 9 de setembro